

UPDATE ÖPNV-RECHT

DIREKTVERGABE AN EINEN INTERNEN BETREIBER ALS MISSBRÄUCLICHER VERDRÄNGUNGSWETTBEWERB?

OLG Thüringen, Beschl. v. 24.10.2018 – 2 Verg 1/18

Die Antragstellerin, ein privates Busunternehmen, wendet sich gegen die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen internen Betreiber. Der Antragsgegner ist als Landkreis Aufgabenträger des ÖPNV sowie zuständige Behörde i.S.d. VO (EG) Nr. 1370/2007. Er beabsichtigt, sämtliche Buslinien im Kreisgebiet an sein Unternehmen zu vergeben. Der hiergegen gerichtete Nachprüfungsantrag war in erster Instanz erfolglos (VK Thüringen, Beschl. v. 09.07.2018 – 250-4003-4018/2018-E-P-004-IK).

Mit seinem Beschluss hat das von der Antragstellerin angerufene OLG das Beschwerdeverfahren ausgesetzt, weil eine Entscheidung des EuGH über mehrere vom OLG Düsseldorf vorgelegte Rechtsfragen zu den Direktvergabevoraussetzungen abzuwarten sei (Rs. C-266/17 und C-267/17; Updates 05/2017 und 09/2018).

Ferner hält der Senat die Frage für entscheidungserheblich, ob die Direktvergabe eines alle Linien im gesamten Kreisgebiet umfassenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags, der ein nicht näher eingeschränktes ausschließliches Recht zum Betrieb dieser Linien beinhaltet, missbräuchlich ist und gegen kommunalwirtschaftsrechtliche Vorgaben verstößt. Zwar bestehe ein „Wahlrecht“ bzw. ein „sehr weiter Ermessensspielraum“ der zuständigen Behörde. Ein (Ermessens-)Missbrauch der Direktvergabemöglichkeit könne sich aber ausnahmsweise aus der Ausgestaltung und Begründung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ergeben. Im Falle eines das gesamte Kreisgebiet umfassenden Ausschließlichkeitsrechts, durch das der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit beseitigt werde, bedürfe es tragfähiger Gründe, um den damit verbundenen Eingriff in die Berufsfreiheit der Verkehrsunternehmer aus Art. 12 GG zu rechtfertigen. Wegen des weiträumigen Ausschließlichkeitsrechts zieht der Senat auch einen Verstoß gegen eine spezielle Restriktion des thüringischen Kommunalwirtschaftsrechts in Betracht.

Bedeutung für die Praxis

Zwar handelt es sich bei dem Beschluss um keine abschließende Entscheidung. Auch behandelt er einen besonders gelagerten Einzelfall. Dennoch ist den Aufgabenträgern des ÖPNV zu raten, ihre Wahl der Verfahrensart und den Zuschnitt der zu vergebenden Verkehrsdienste sachlich zu begründen. Für letzteres bietet sich der Nahverkehrsplan an, wodurch auch den Anforderungen des neuen Art. 2a VO (EG) Nr. 1370/2007 Rechnung getragen werden kann (Update 02/2017). Bei der Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts ist seine Reichweite im öffentlichen Dienstleistungsauftrag unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit zu beschränken.